

mentato italiano ove le società controllate non abbiano « *un consiglio di amministrazione composto in maggioranza da amministratori indipendenti* »⁽³⁵⁾.

3.2.1. Il “rafforzamento” statutario dell’indipendenza rispetto al d. lgs. 58/1998

Ai sensi dell’art. 147-ter, comma 4, primo periodo, d. lgs. 58/1998, è possibile che lo statuto delle « *società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell’Unione Europea* » (art. 119, d. lgs. 58/1998) contenga una clausola che “importi”, nella *governance* di detta società, « *ulteriori requisiti previsti da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria* ».

Pertanto, è possibile che lo statuto “rafforzi” i requisiti di indipendenza stabiliti dal d. lgs. 58/1998, pretendendo la sussistenza, per concretare i requisiti di indipendenza occorrenti, di requisiti ulteriori, quali, ad esempio, siano prescritti da “codici” di *best practices*, come il Codice CG⁽³⁶⁾.

(35) Per “indipendenti” si intendono (art. 16, comma 2, Reg. 20249/2017) « *gli amministratori e i consiglieri in possesso dei requisiti di indipendenza previsti dall’articolo 148, comma 3, del Testo Unico e degli eventuali ulteriori requisiti individuati nelle procedure previste dall’articolo 4 del regolamento adottato con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010 in materia di operazioni con parti correlate o previsti da normative di settore eventualmente applicabili in ragione dell’attività svolta dalla società* »; « *qualora la società dichiara, ai sensi dell’articolo 123-bis, comma 2, del Testo Unico, di aderire ad un codice di comportamento promosso dal gestore di mercati regolamentati o da associazioni di categoria che preveda requisiti di indipendenza almeno equivalenti a quelli dell’articolo 148, comma 3, del Testo Unico, gli amministratori e i consiglieri riconosciuti come tali dalla società ai sensi del medesimo codice* ». Inoltre, ai sensi dell’art. 16, comma 1, lett. d), Reg. 20249/2017, « *non possono essere qualificati amministratori indipendenti coloro che ricoprono la carica di amministratore nella società o nell’ente che esercita attività di direzione e coordinamento o nelle società quotate controllate da tale società o ente* ».

(36) È opportuno rammentare che, ai sensi dell’art. 123-bis, comma 2, lett. a), d. lgs. 58/1998, la relazione sulla gestione delle società emittenti valori mobiliari ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati contiene in una specifica sezione, denominata “Relazione sul Governo Societario e gli Assetti Proprietari”, « *informazioni riguardanti: a) l’adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni dell’eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni, nonché le pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari. La società indica altresì dove il codice di comportamento in materia governo societario al quale aderisce è accessibile al pubblico* »; e ciò, in quanto si tratta di una norma presidiata dalla sanzione penale dettata dall’art. 2622 c.c. in tema di false comunicazioni sociali.

Ancora, ai sensi dell’art. 192-bis, comma 1, d. lgs. 58/1998, « *[s]alvo che il fatto costituisca reato, nei confronti delle società quotate nei mercati regolamentati che omettono le comunica-*

Occorre, inoltre, avere presente che nel caso del « consiglio di amministrazione delle società organizzate secondo il sistema monistico, [...] rimane fermo il disposto dell'articolo 2409-septiesdecies, secondo comma, del codice civile » (art. 147-ter, comma 4, secondo periodo, d. lgs. 58/1998) e che, ai sensi di detto art. 2409-septiesdecies, comma 2, c.c., « [a]lmeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione [nel sistema monistico] deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'articolo 2399, primo comma, e, se lo statuto lo prevede, di quelli al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati ».

3.2.2. *La rilevanza numerica degli amministratori indipendenti secondo il d. lgs. 58/1998*

Come già in precedenza osservato ⁽³⁷⁾, l'art. 147-ter, comma 4, primo periodo, d. lgs. 58/1998, sancisce che:

– « almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione » deve avere i « requisiti di indipendenza » stabiliti dall'art. 148, comma 3, d. lgs. 58/1998;

– il numero « dei componenti del consiglio di amministrazione » dotati dei « requisiti di indipendenza » stabiliti dall'art. 148, comma 3, d. lgs. 58/1998, deve essere di « almeno [...] due » « se il consiglio di amministrazione sia composto da più di sette componenti ».

Nelle società che eserciscono l'attività bancaria (posto che la presenza di un numero adeguato di componenti non esecutivi, « che svolgano efficacemente la funzione di contrappeso nei confronti degli esecutivi e del management della banca, favorisce la dialettica interna all'organo di appartenenza » ⁽³⁸⁾) è prescritto che nell'organo con funzione di supervisione strategica, almeno un quarto (arrotondato

zioni prescritte dall'articolo 123-bis, comma 2, lettera a), si applica una delle seguenti sanzioni amministrative:

a) una dichiarazione pubblica indicante la persona giuridica responsabile della violazione e la natura della stessa, quando questa sia connotata da scarsa offensività o pericolosità e l'infrazione contestata sia cessata;

b) un ordine di eliminare le infrazioni contestate, con eventuale indicazione delle misure da adottare e del termine per l'adempimento, e di astenersi dal ripeterle, quando le infrazioni stesse siano connotate da scarsa offensività o pericolosità;

c) una sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila a euro dieci milioni, ovvero, fino al cinque per cento del fatturato quando tale importo è superiore a euro dieci milioni e il fatturato è determinabile ai sensi dell'articolo 195, comma 1-bis ».

⁽³⁷⁾ Si veda il paragrafo 2.2. del presente volume, cui, pertanto, si fa rinvio.

⁽³⁸⁾ Banca d'Italia, Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (34° aggiornamento), *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione IV, paragrafo 1.

per difetto se il decimale è da 0 a 50 e per eccesso se superiore a 50) dei componenti « *devono possedere i requisiti di indipendenza* »; costoro, inoltre, « *devono possedere professionalità e autorevolezza tali da assicurare un elevato livello di dialettica interna all'organo di appartenenza e da apportare un contributo di rilievo alla formazione della volontà del medesimo* » ⁽³⁹⁾.

Lo statuto delle « *società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea* » (art. 119, d. lgs. 58/1998) può, tuttavia, contenere « *ulteriori requisiti previsti da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria* » (art. 147-ter, comma 4, primo periodo, d. lgs. 58/1998): di modo che se questi « *codici di comportamento* » recassero la previsione di requisiti numerici più consistenti ⁽⁴⁰⁾ rispetto a quelli prescritti dal d. lgs. 58/1998, risulterebbe incrementato il numero minimo di amministratori indipendenti necessariamente da eleggere ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Banca d'Italia, Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (34° aggiornamento), *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione IV, paragrafo 2.2.c.

⁽⁴⁰⁾ La Raccomandazione 5 del Codice CG (da applicarsi al primo rinnovo dell'organo amministrativo successivo al 31 dicembre 2020), prescrive che:

a) « *[l']organo di amministrazione comprende almeno due amministratori indipendenti, diversi dal presidente* »;

b) « *[n]elle società grandi a proprietà concentrata gli amministratori indipendenti costituiscono almeno un terzo dell'organo di amministrazione* »;

c) « *[n]elle altre società grandi gli amministratori indipendenti costituiscono almeno la metà dell'organo di amministrazione* ».

Nelle "Definizioni" del Codice CG:

– la "società grande" è definita come « *la società la cui capitalizzazione è stata superiore a 1 miliardo di euro l'ultimo giorno di mercato aperto di ciascuno dei tre anni solari precedenti* ».

– la "società a proprietà concentrata" è definita come la « *società in cui uno o più soci che partecipano a un patto parasociale di voto dispongono, direttamente o indirettamente (attraverso società controllate, fiduciari o interposta persona), della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria. Le società che perdono lo status di "società a proprietà concentrata" non possono più avvalersi delle misure di proporzionalità previste per tale categoria a partire dal secondo esercizio successivo al verificarsi della relativa condizione dimensionale* ».

⁽⁴¹⁾ Anche in questo caso deve essere ripetuto quanto appena sopra osservato in tema di false comunicazioni sociali (art. 2622 c.c.) con riguardo all'obbligo di menzionare nella "Relazione sul Governo Societario e gli Assetti Proprietari" le « *informazioni* » concernenti « *l'adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario* » (art. 123-bis, comma 2, lett. a), d. lgs. 58/1998) e in tema di omissioni delle comunicazioni prescritte dall'art. 123-bis, comma 2, lettera a), d. lgs. 58/1998 (art. art. 192-bis, comma 1, d. lgs. 58/1998).

Anche in questo caso, occorre, peraltro, avere presente che, con riguardo al « consiglio di amministrazione delle società organizzate secondo il sistema monistico, [...] rimane fermo il disposto dell'articolo 2409-septiesdecies, secondo comma, del codice civile » (art. 147-ter, comma 4, secondo periodo, d. lgs. 58/1998) e che, ai sensi di detto art. 2409-septiesdecies, comma 2, c.c., « [a]lmeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione [nel sistema monistico] deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'articolo 2399, primo comma, e, se lo statuto lo prevede, di quelli al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati ».

Da quanto precede si desume, infine, che tutto il consiglio di amministrazione può essere composto da amministratori indipendenti, fatta eccezione, evidentemente, per il consigliere cui sia attribuito il ruolo di amministratore delegato, il quale, per definizione, non può essere indipendente.

3.2.3. *Il confronto tra l'indipendenza del Codice civile e l'indipendenza del d. lgs. 58/1998*

Mettendo a confronto le situazioni, indicate nell'art. 2399⁽⁴²⁾, comma 1, c.c. e nell'art. 148, comma 3, d. lgs. 58/1998, dalle quali deriva la condizione di non indipendenza, se ne ha che:

a) la nozione di non indipendenza sopra indicata “per ragioni di parentela o di affinità” è identicamente definita nei due predetti ambiti normativi (non sono indipendenti « *il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, [...] il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo* »);

b) la nozione di non indipendenza sopra indicata “in ragione della carica ricoperta” è identicamente definita nei due predetti ambiti normativi (non sono indipendenti « *gli amministratori [...] delle società [...] controllate [dalla società del cui organo amministrativo si tratta], delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo* »);

c) la nozione di non indipendenza sopra indicata “per ragioni per interesse economico” ha un perimetro più ristretto nel Codice civile rispetto al più ampio perimetro delineato nel d. lgs. 58/1998, in quanto:

c.1. per il Codice civile non sono indipendenti « *coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un*

⁽⁴²⁾ La normativa di cui all'art. 2399 c.c. non si applica alle « *società con azioni quotate* »: art. 154, comma 1, d. lgs. 385/1993.

rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza »;

c.2. per il d.lgs. 58/1998, non sono indipendenti « *coloro che sono legati » « da rapporti di lavoro autonomo o subordinato ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o professionale che ne compromettano l'indipendenza »:*

- « *alla società »;*
- « *alle società da questa controllate »*, « *alle società che la controllano »*, alle società « *sottoposte a comune controllo »;*
- « *agli amministratori della società »;*
- al « *coniuge »*, ai « *parenti e [a]gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società »*, al « *coniuge »*, ai « *parenti e [a]gli affini entro il quarto grado degli amministratori* ⁽⁴³⁾ *delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo »;*
- agli « *amministratori [...] delle società [...] controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo ».*

È ovvia la considerazione che non ha senso l'esistenza, nel sistema, di due diversi concetti di "indipendenza", in quanto non è ragionevole che,

(43) Secondo la Comunicazione CONSOB n. DEM/10046789 del 20 maggio 2010, questa espressione « *gli amministratori* » deve intendersi riferita ai soli « amministratori con incarichi esecutivi. Più precisamente, si può ritenere, alla luce della *ratio* della disciplina, che non possa essere qualificato come amministratore indipendente della quotata colui che ricopra la carica di amministratore esecutivo in una delle società del gruppo della quotata (controllante, controllate o società soggette a comune controllo). Al contrario, non comprometterebbe l'indipendenza la circostanza che l'amministratore indipendente della quotata svolga il ruolo di amministratore indipendente in altre società del gruppo ». « Posto, quindi, che la nomina di un amministratore indipendente della quotata quale amministratore indipendente in società controllate dalla medesima quotata non si ritiene comporti di per sé la perdita della qualifica di indipendente, occorre tuttavia prendere in considerazioni altre condizioni di ineleggibilità e decadenza previste dall'art. 148, comma 3, TUF. Si fa, più specificamente, riferimento "ai rapporti di natura patrimoniale" con la società o le società del gruppo di quest'ultima "che ne compromettano l'indipendenza". Pertanto, in particolare, qualora l'amministratore indipendente della quotata venisse nominato in più società controllate della quotata si dovrà prestare attenzione al fatto che da tale pluralità di incarichi non derivi una remunerazione complessiva tale da compromettere l'indipendenza dell'amministratore. Ciò evidenziato, si ritiene che spetti [all'emittente] individuare i "presidi organizzativi e procedurali" eventualmente necessari per monitorare la sussistenza e la permanenza dei requisiti di indipendenza di cui trattasi, fissando, ad esempio, in via preventiva, come richiesto dal Codice di Autodisciplina, soglie di "significatività" dei rapporti che possono compromettere l'indipendenza, "sia in termini assoluti che in relazione alla situazione economico-finanziaria dell'interessato" ».

mancando qualsiasi presupposto che legittimi la differenziazione di queste due nozioni, nell'ambito applicativo del Codice civile vi sia un concetto di indipendenza diverso da quello vigente nell'ambito applicativo del d. lgs. 58/1998.

Peraltro, avventato parrebbe (trattandosi di normativa specialistica) ipotizzare di ritenere estendibile il perimetro di indipendenza "più largo", delineato dal d. lgs. 58/1998, anche nell'ambito del Codice civile (il dettato dell'art. 2399, comma 1, c.c., introdotto dal d. lgs. 6/2003, è anteriore a quello dell'art. 148, comma 3, d. lgs. 58/1998, derivante dall'art. 2, legge 28 dicembre 2005, n. 262). Quindi altro non resta che rilevare la mancanza di sistematicità normativa in questa materia e, quindi, il grossolano lavoro che è stato compiuto dal legislatore quando ha posto mano a queste norme.

3.2.4. *Gli amministratori indipendenti e l'ammissione a quotazione di società soggette a direzione e coordinamento*

Ai sensi dell'art. 16, Reg. 20249/2017 ⁽⁴⁴⁾, non possono essere ammesse alla quotazione ⁽⁴⁵⁾ in un mercato regolamentato italiano le azioni di società controllate sottoposte all'attività di direzione e coordinamento di un'altra società o ente qualora, *inter alia*:

a) le società controllate « *non dispongano di un comitato di controllo interno composto da amministratori indipendenti* ⁽⁴⁶⁾ »;

⁽⁴⁴⁾ Intitolato "Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di mercati", adottato dalla Consob con delibera n. 20249 del 28 dicembre 2017.

⁽⁴⁵⁾ Le società con azioni quotate che vengono sottoposte all'attività di direzione e coordinamento di un'altra società si adeguano alle disposizioni di cui oltre entro i trenta giorni successivi alla prima assemblea per il rinnovo del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza.

⁽⁴⁶⁾ Per "indipendenti" si intendono:

– « *gli amministratori e i consiglieri in possesso dei requisiti di indipendenza previsti dall'articolo 148, comma 3, del Testo Unico e degli eventuali ulteriori requisiti individuati nelle procedure previste dall'articolo 4 del regolamento adottato con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010 in materia di operazioni con parti correlate o previsti da normative di settore eventualmente applicabili in ragione dell'attività svolta dalla società* »;

– « *qualora la società dichiarerà, ai sensi dell'articolo 123-bis, comma 2, del Testo Unico, di aderire ad un codice di comportamento promosso dal gestore di mercati regolamentati o da associazioni di categoria che preveda requisiti di indipendenza almeno equivalenti a quelli dell'articolo 148, comma 3, del Testo Unico, gli amministratori e i consiglieri riconosciuti come tali dalla società ai sensi del medesimo codice* ».